Ist zum Besitz und Eigenbesitz begrifflich ein Wille erforderlich?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

James Petzal
Referendar aus **Breslau.**

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Rostock.
Rats- und Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.
1914.

Referent: Geh. Justizrat Prof. Dr. Matthiaß.

Seinen lieben Eltern

in Dankbarkeit und Verehrung.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553616_0123

Literaturverzeichnis.

Affolter, Das Willenselement beim Besitzerwerbe, im Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 17.

Auerbach, Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes. 1905.

Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern. Leipzig, 1880.

Berg, Erwerb und Verlust des Besitzes. Rostock, 1905.

Biermann, Kommentar zum B. G. B. Berlin, 1903.

Colberg, Beitrag zur Lehre vom Besitzbegriffe nach dem B. G. B. Bonn, 1908.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Jena, 1900.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. III, 1896.

Dernburg, Sachenrecht. 3. Auflage. Halle, 1904.

Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach Deutschem Bürgerlichen Recht. Bd. I. Berlin, 1903.

Endemann, Das Bürgerliche Recht Deutschlands. Berlin, 1908.

Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht. 2. Auflage, 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 20.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 54.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd. 29.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe. München 1904.

Frank, Der Besitzwille nach dem B. G. B. Bonn, 1898.

Friebe, Ist zum Eigenbesitz der sogenannte animus domini erforderlich? Breslau, 1905.

Gaertner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuerem Recht. Breslau, 1901.

Hempowicz, Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes. Posen, 1907.

Höpker-Aschhoff, Besitzwille und Eigenbesitz. Herfort, 1907.
Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. 1894.
v. Ihering, Der Besitzwille. Jena, 1889.
Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht. Marburg, 1913.
Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches. Jena, 1900.
Kommissionsprotokolle zum B. G. B.
Leonhard, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwickelung der Rechtswissenschaft. Berlin, 1900.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin, 1907.
Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau, 1906.
Manigk, Voraussetzungen des Eigenbesitzes im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 25.
Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II. 4. Aufl.
Motive zu dem Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Bd. III.
Neumann, Jahrbuch des Deutschen Rechtes, Jahrgänge 1904 bis 1913.
Planck, Kommentar zum B. G. B. Berlin, 1902.
Raap, Besitzerwerb ohne Besitzwillen nach dem B. G. B. Bonn, 1901.
Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen.
Rohde, Studien im Besitzrecht. Düsseldorf, 1909.
v. Savigny, Das Recht des Besitzes. VII. Auflage. 1865.
Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht. Bd. II. Halle, 1907.
v. Staudinger, Kommentar zum B. G. B. 3./4. Auflage. 1907.
Strohal, in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik. Jena, 1890.
Thoma, Die Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des B. G. B. Freiburg, 1900.
v. Wendt, Besitz und Besitzwille (Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen zum Univ.-Jubiläum). Gießen, 1907.

Teil 1.

Ist zum Erwerbe des Besitzes begrifflich ein Wille erforderlich?

Nach § 854 B. G. B. wird der Besitz einer Sache durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben. In der Wissenschaft herrscht seit langer Zeit ein Streit darüber, ob in den Worten „durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt" ein Willensmoment, das auf den Besitzerwerb gerichtet ist, gefunden werden kann, oder ob das Gesetz an sich auf dem Standpunkt steht, ein Wille sei erforderlich. Wenn Auerbach[1]) sagt, daß heute überwiegend angenommen wird, zum Besitze sei ein Besitzwille nicht erforderlich, daß heute nur noch einige im Banne der Pandektendoktrin stehende Autoren an dem Besitzwillen festhalten, so möchten wir demgegenüber bemerken, daß heute die überwiegende Zahl der Autoren durchaus auf dem Standpunkt steht, zum Besitz und seiner Abart, dem Eigenbesitz, sei ein Besitzwille erforderlich. In vorliegender Abhandlung wollen wir keineswegs mit apodiktischer Gewißheit das Erfordernis des Willens zwecks Erlangung des Besitzes und

[1]) Auerbach, S. 14.

Eigenbesitzes negieren, sondern wir wollen nur darlegen, inwieweit ein Besitz ohne Besitzwillen anzunehmen resp. überhaupt möglich ist. Am besten dürften wir dieser Aufgabe gerecht werden, wenn wir die Ansichten insbesondere der gegnerischen Schriftsteller prüfen. Das B. G. B. definiert den Besitz überhaupt nicht; es geht auch nicht auf die Frage ein, ob begrifflich an dem Willenserfordernisse festzuhalten sei. Das Gesetz gibt nur Regeln dafür an, in welchem Augenblicke das Besitzverhältnis beginnt und in welchem es endet. Darnach wird der Besitz durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache erworben und mit dem Verlust der tatsächlichen Gewalt beendigt.

Aus diesen Bestimmungen geht hervor, daß es in erster Linie auf das Moment der tatsächlichen Gewalt ankommt. Es fragt sich nun, als was diese tatsächliche Gewalt eigentlich aufzufassen ist. Ist sie zu den Handlungen zu zählen oder zu den Rechtsverhältnissen, oder was stellt sie sonst dar?

Nach Endemann[1]) wäre die tatsächliche Gewalt als Handlung aufzufassen, da Endemann zur tatsächlichen Gewalt unbedingt einen auf ihre Erlangung gerichteten Willen verlangt. Diese Meinung halten wir nicht für richtig. Ein Rechtsverhältnis kann die tatsächliche Gewalt auch nicht sein, da sie eine Bedingung verschiedener Rechtsverhältnisse darstellt, namentlich des Besitzes. Richtig ist u. E. die Ansicht, die auch Eltzbacher[2]) vertritt, daß die tatsächliche Gewalt

[1]) Endemann, S. 175.
[2]) Eltzbacher, S. 210 ff.

lediglich das physische Vermögen bedeutet, über eine Sache mit Ausschließung anderer Personen verfügen zu können. Nach Planck[1]) ist sie die von der Verkehrsanschauung anerkannte Herrschaft der Person über die Sache. Es gibt auch keine Bestimmung im B. G. B., aus der man den Schluß ziehen könnte, daß das Gesetz unter tatsächlicher Gewalt etwas Anderes verstanden wissen will, als wir es eben sagten. So bezeichnen z. B. die Motive[2]) die tatsächliche Gewalt als „die zuständliche Möglichkeit, über die Sache zu verfügen", nach den Protokollen[3]) ist sie ein „Herrschaftsverhältnis der Person zur Sache", und es besteht ihr Wesen darin, daß ihr Inhaber imstande sei, „Dritte von seinem Machtbereich auszuschließen".

Aus dem oben Gesagten erhellt, daß bei der Erlangung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache wohl vielfach ein auf die Erlangung gerichteter Wille nachweisbar sein wird, es geht aber nicht daraus hervor, daß ein solches Willenserfordernis mit dem Begriff der tatsächlichen Gewalt zusammenfällt, daß er ein Bestandteil der tatsächlichen Gewalt ist.

Derselben Ansicht ist auch Planck[4]), wenn er sagt: „Ein auf die Erlangung der Gewalt gerichteter Wille des Erwerbers ist nur insoweit erforderlich, als ohne ihn nicht zwischen der Person und der Sache eine Beziehung hergestellt sein würde, welche nach der

[1]) Planck III, S. 32.
[2]) Mot. III, S. 81.
[3]) Prot. III, S. 28/29.
[4]) Planck III. S. 32.

Verkehrsanschauung die Herrschaft der Person über die Sache begründet". Der Wille ist nach Planck also nur in den Fällen erforderlich, wo es sonst an Tatsachen fehlt, die ein Machtverhältnis der Person über die Sache begründen. Dieses Machtverhältnis wird aber in vielen Fällen durch andere, äußere Dinge zum Ausdruck gebracht, so daß das Willensmoment nicht in Frage kommt. So werden sich z. B. andere Menschen von den Gegenständen, die ich etwa in meinen Taschen trage, fernhalten, ohne sich darum zu kümmern, ob ich von dem Vorhandensein dieser Sachen weiß, und zwar werden sie das tun auf Grund äußerer Tatsachen, die es ihnen verbieten, sich an jenen Sachen zu vergreifen.

Demgegenüber behauptet Endemann[1]): „Das Gesetz versteht unter dem Besitz nicht ein bloßes objektives Raumverhältnis: es faßt ihn als Rechtsverhältnis und fordert zu seiner Herstellung die aktive Beteiligung des Erwerbers; denn hier wie überall ist das willkürliche Aufdrängen eines mit Vorteilen und Verpflichtungen behafteten subjektiven Rechts ausgeschlossen". Auch Berg[2]) hält den Willen für erforderlich zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Er geht aber nicht so weit darin wie Endemann, denn es genügt ihm schließlich das Vorhandensein eines natürlichen Willensvermögens. Biermann[3]) erfordert zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt keinen

[1]) Endemann II, S. 178.
[2]) Berg a. a. O., S. 22 ff.
[3]) Biermann III, S. 5 ff.

Willen, dagegen zum Besitzerwerbe in der Mehrheit der Fälle. Er steht also mit seiner Meinung völlig auf unserm Standpunkt. Diese Ansichten sind u. E. bis auf die Ansicht Biermanns nicht zutreffend, da das B. G. B. den Besitzschutz ganz allgemein demjenigen zubilligt, der die tatsächliche Gewalt über die Sache hat. Nun ist doch für den einzelnen Menschen die rechtliche Gewährleistung aller seiner Machtverhältnisse von Wichtigkeit, nicht nur derer, die er kennt und will. Ob das Gesetz nun den Machtverhältnissen des einzelnen Menschen ganz im allgemeinen oder nur den gewollten Machtverhältnissen seinen Schutz verleiht, muß doch aus dem Gesetz selbst hervorgehen. Da nun das B. G. B. im vorliegenden Falle eine diesbezügliche Entscheidung nicht trifft, müssen wir, wie schon oben gesagt, annehmen, daß ein Wille bei Erlangung der tatsächlichen Gewalt unbedingt nicht erforderlich ist.

Die Denkschrift[1]) zum Entwurf eines B. G. B. verlangte als wesentliches Erfordernis für den Eigenbesitzer den Willen, die Sache als ihm gehörend zu besitzen. Es ist doch kaum anzunehmen, daß der Gesetzgeber, wenn er auch später noch auf dem Standpunkt geblieben wäre, der Wille sei ein wesentliches Erfordernis für den Eigenbesitz, er diesem Gedanken nicht auch in dem Gesetzestext Ausdruck gegeben hätte. Wenn nun Bekker[2]) sagt, das Willenserfordernis beim Eigenbesitz liege in dem Worte „erlangen“, da man das „erlange“, wonach man „gelangt“ habe, wie man

[1]) Ausgabe Gutentag 1896, S. 115.
[2]) Bekker in Iherings Jahrb. Bd. 34, S. 33, Anm. 8.

das „erwerbe“, wonach man „geworben“ habe, so sind auch wir mit Auerbach der Meinung,[1]) daß eine Wortinterpretation sowohl hier, wo sie gegen unsere Meinung spricht, als auch oben, wo sie für unsere Meinung spricht, übermäßig nicht zu bewerten sei. Ferner könnte man Bekker noch erwidern, daß die Motive[2]) sagen: „Die tatsächliche Gewalt erfordert weder bei ihrem Beginn noch bei ihrer Fortsetzung in jedem Falle eine unmittelbare Einwirkung auf die Sache“. In ähnlicher Weise wie Bekker hält auch Rohde[3]) einen Willen bei Erlangung der tatsächlichen Gewalt für unbedingt notwendig.

Wie schon oben erwähnt, ist über den Besitz und das zum Besitz angeblich absolut erforderliche Willensmoment viel geschrieben und auch viel gestritten worden. Einige Schriftsteller erfordern den Willen unbedingt, andere lehnen ihn ab. Unter den Schriftstellern, die einen Besitzwillen nicht für erforderlich halten, wird wiederum darüber gestritten, wie weit Besitz ohne Besitzwillen anzuerkennen und zu schützen ist. Andere wiederum gehen einen Mittelweg, indem sie einen Besitzerwerb ohne Besitzwillen nur dann gelten lassen, „wenn[4]) die Sache in die Herrschaftssphäre des Besitzers gelangt ist und er bei Kenntnis der Sachlage verständigerweise den Besitzwillen haben würde“. Die Übertragung dieser Meinung in die

[1]) Auerbach, a. a. O., S. 16.
[2]) Mot. III, S. 93.
[3]) Rohde, a. a. O., S. 69 ff.
[4]) Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch II, S. 67.

Praxis dürfte als beinahe unmöglich zu bezeichnen sein, da sich recht sonderbare Konsequenzen hieraus ergeben würden. Nehmen wir an, der Briefträger schiebt mir in meiner Abwesenheit einen Brief durch die Türspalte in mein Zimmer. Der Brief ist hierdurch in meine Herrschaftssphäre gekommen, da er sich ja in meiner verschlossenen Wohnung befindet, die niemand ohne meine Einwilligung betreten darf. Wie soll ich es nun anstellen, um „bei Kenntnis der Sachlage verständigerweise den Besitzwillen zu haben?“ Wenn ich nach Hause komme und den Brief dort vorfinde, so möchte ich den Besitz an ihm selbstverständlich lieber ablehnen, wenn der Brief schon seinem Äußeren nach mir Unangenehmes zu bringen scheint. Ich bin aber schon Besitzer des Briefes, wenn er mir auch ohne mein Wissen in meine Wohnung geworfen wird, weil ich dann schon die Gewalt über ihn habe.

Endemann[1]) will, wie oben bereits angedeutet, in dem Ausdruck „tatsächliche Gewalt“ ein Willenselement enthalten sehen, ähnlich auch Frank[2]). Letzterer sagt: „Es genügt nicht, daß eine Sache, auf meinem Grundstück liegt und mir der wirtschaftliche Gebrauch der Sache ohne Eingriff Dritter sicher ist, es muß vielmehr diese Lage in den Bereich der von mir gewollten Möglichkeiten fallen. Denn weiß ich nichts von dem Bestehen dieses Verhältnisses, so kann natürlich nicht die Rede davon sein, daß ich die tatsächliche Gewalt über die Sache habe“. Den besten

[1]) Endemann, II, S. 153, auch Anm. 1.
[2]) Frank, a. a. O., S. 13.

Beweis für die Hinfälligkeit des oben ausgesprochenen Gedankens liefert das von Frank selbst herangezogene Beispiel, das vom Besitz einer Wohnung handelt.[1]) Er meint, die Wohnung biete in ihrer Abgeschlossenheit ihrem Besitzer nach außen eine natürliche Sicherheit für alles, was darin ist und sei daher geeignet, uns die Möglichkeit einer wirtschaftlichen Nutzung zu verschaffen an Sachen, die wir gebrauchen können. Wenn wir nun selbst Sachen einbrächten, so gäben wir der Wohnung ohne weiteres diese Zweckbestimmung in concreto, und die Betätigung unseres Willen sei unverkennbar.

Es ist selbstverständlich ganz ausgeschlossen, daß ich meiner Wohnung die Zweckbestimmung gegeben haben soll, alle Sachen, die in ihr z. B. während meiner Abwesenheit abgegeben werden sollten, aufzunehmen. So würde ich doch natürlich Sachen, die mir unwillkommen sind, oder durch die ich belästigt werde, sofort aus meiner Wohnung entfernen.

Weiterhin verweist Frank auf § 867 B. G. B., der nur dann verständlich sei, wenn man das Willensmoment als gegeben annehme.[2]) Zum Beweise stellt er folgende beiden Fälle einander gegenüber:

1. A. hat auf seinem Felde gearbeitet und läßt seine Geräte stehen.
2. B. fährt über das Grundstück des A. Bei dieser Gelegenheit fallen einige Geräte aus seinem Wagen auf das Feld des A.

[1]) Frank, a. a. O., S. 22.
[2]) a. a. O., S. 16.

Selbstredend sind diese beiden Fälle äußerlich wie innerlich durchaus verschieden, da es sich, wie Höpker-Aschhoff[1]) sagt, im ersten Falle um die Fortdauer einmal erworbenen Besitzes, im zweiten Falle um den Neuerwerb des Besitzes handelt.

Wolff, der bezüglich des Eigenbesitzes, wie später gezeigt wird, unseren Standpunkt teilt, geht bezüglich des Besitzwillens einen ganz eigenen Weg (a. a. O., S. 2 ff.): „Ob ein Besitzwille erforderlich sei, ist streitig. Das Gesetz erfordert ihn nicht neben der tatsächlichen Gewalt; aber man kann nicht sagen, daß jemand eine Sachgewalt begründen könne, der sie nicht begründen will. Da der Besitz eine auf die Dauer angelegte Beziehung zur Sache verlangt, so wird die Frage, ob die Sachberührung auf die Dauer angelegt ist, je nach der Willensrichtung des Besitzbegründers zu beantworten sein". Hierauf und auf die folgende Bemerkung des Autors, es bestehe keinerlei Bedürfnis, einem Menschen Besitz zuzusprechen an Sachen, die ihm im Schlafe zugesteckt worden seien, und ihm einen Besitzentziehungsanspruch zu geben, wenn ein Dritter sie dem noch Schlafenden wegnehme, da er ja gegen Angriffe auf seine Person durch das Notwehrrecht des § 227 hinreichend gedeckt sei, bemerken wir. Aus dem ersten Teil der eben zitierten Wolffschen Ansicht geht hervor, daß der Autor einen Besitzwillen für erforderlich hält, da er ihn der tatsächlichen Gewalt für immanent erklärt. Es sieht aber wie eine Abschwächung des eben Gesagten aus, wenn Wolff ein

[1]) a. a. O., S. 26.

Bedürfnis, dem Willenlosen Besitzesschutz zu verleihen, nicht für vorliegend erachtet. Ob die Bedürfnisfrage zu bejahen oder zu verneinen ist, kann doch unmöglich ausschlaggebend sein für die Beantwortung der theoretischen Frage, ob ganz allgemein ein Besitzwille erforderlich ist. Ferner greift u. E. das Notwehrrecht des § 227 B. G. B. nicht durch, da es nur diejenige Verteidigung gestattet, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Andern abzuwenden. Dieser Andere aber, der in dem von Wolff gewählten Beispiel ein Schlafender ist, kann sich doch nicht verteidigen, denn er schläft eben. Es kommt auch nicht darauf an, ob er auf den, der ihm aus seinen Taschen Sachen fortnimmt, losschlagen kann, sondern darauf, ob er Besitzer der Sachen ist, die ihm ohne sein Wissen in seine Tasche gesteckt werden, und das ist u. E. ganz unzweifelhaft anzunehmen, denn er hat die Möglichkeit, über diese Sachen mit Ausschließung Dritter zu verfügen. Zum Teil kommt uns ja Wolff entgegen, wenn er wohl einen Besitzwillen verlangt, nicht aber einen „speziell bestimmten“. Es wäre doch sonderbar, wenn ich Besitzer der Briefe werden würde, die der Briefträger ohne mein Wissen in meinen Briefkasten wirft, nicht aber der Briefe, die er mir auf meinen Wunsch durch die Türspalte auf meine Türschwelle schiebt, und zwar nur deswegen, weil im allgemeinen der Briefkasten zur Aufnahme von Briefen bestimmt ist und im konkreten Falle die Türschwelle auf meine Anordnung dazu benutzt wurde.

Diese unsere Ausführungen beziehen sich auch auf Wolffs Ausführungen (a. a. O., S. 30) betreffend den Übergang des unmittelbaren Besitzes. Sokolowski[1]) meint, das B. G. B. habe in seiner endgültigen Fassung den Hinweis auf den Willen als auf ein prinzipielles Element des Besitzes vermieden. Es gebe doch einen Mittelweg zwischen allgemein gehaltenen theoretischen Erörterungen, die in ein Gesetzbuch freilich nicht gehörten, und jener sklavischen Unterordnung unter die buchstäbliche Fassung der Normen, welche es nicht verstehe, den Rechtsbegriff auch unabhängig vom Buchstaben zu würdigen und anzuwenden. Weiter sagt Sokolowski, das Gesetz brauchte den Willen als besonderes Moment im Text nicht zu erwähnen, da die tatsächliche Gewalt nichts anderes ist als die Äußerung eines anerkannten Willens.

Auf diese Ausführungen entgegnen wir Sokolowski, daß von einer sklavischen Unterordnung unter die buchstäbliche Fassung der Normen keine Rede sein kann, da der Gesetzgeber, wie wir später im einzelnen ausführen werden, lange Zeit geschwankt hat, ob er in den Gesetzestext den Besitzwillen hineinbringen soll und daß er ihn nicht als etwas Selbstverständliches fortgelassen hat, sondern deswegen, weil er ihn nicht unbedingt für erforderlich hält; auch hätte er sicherlich in irgend einer Form seine diesbezügliche Ansicht kundgegeben. Mit der Frage, ob der Wille ein Bestandteil der „tatsächlichen Gewalt“ sein kann, haben

---

[1]) Sokolowski, S. 243 ff.

wir uns vorher mehrfach beschäftigt und sind dabei zu dem Resultat gekommen, daß er nicht zu ihr gehört. In seinen weiteren Ausführungen über das Erfordernis des Besitzwillens sagt Sokolowski: „Zugleich aber liegt in der Betonung jener „tatsächlichen", also nach außen hin wahrnehmbaren Gewalt eine Objektivierung des Besitzesbegriffes, die uns mit einem Schlage von den Mängeln der subjektiv-psychologischen Lehre Savignys befreit. Denn wenn das Gesetz erklärt, die „tatsächliche Gewalt" schützen zu wollen, so ist damit natürlich nicht eine Herrschaft über die Sache gemeint, die das Subjekt zu haben glaubt oder sich in Gedanken zuschreibt . . . . . Das Willensmoment wird nicht an sich als psychischer Faktor berücksichtigt; sein Wesen besteht vielmehr darin, daß die tatsächliche Beherrschung einer Sache nach unserer Erfahrung nicht anders möglich ist, als durch äußere Betätigung eines durch die gesellschaftliche Ordnung begrenzten und gesicherten Willens". Auch hierzu können wir nur noch einmal betonen, wie wir schon oben auseinandersetzten, daß auch derjenige, dem ohne sein Wissen irgend ein Gegenstand in die Tasche gesteckt wird, an diesem Gegenstande Besitz erwirbt, denn er kann ja über ihn unter Ausschluß Dritter unbedingt verfügen. In was für einem Verhältnis sollte denn sonst der Betreffende zu dem ihm zugesteckten Gegenstande stehen? Die subjektiv-psychologische Lehre Savignys ist eben in einer großen Anzahl von Fällen, zu denen auch der eben genannte gehört, nicht zu entbehren, wenn auch nicht geleugnet werden soll und kann, daß eine große

Anzahl anderer Fälle die Objektivierung des Besitzbegriffes geradezu erfordert Manigk[1]), der, wie in Teil 2 unserer Abhandlung ausführlich besprochen wird, auch beim Eigenbesitz einen Erwerbswillen für durchaus erforderlich hält, scheint beim Besitz einen darauf gerichteten Erwerbswillen nicht für unbedingt erforderlich zu halten, sonst würde er den hierauf bezüglichen Passus genannter Abhandlung in eine weit präzisere Form gekleidet haben. Er sagt nämlich, der Besitzwille spiele heute nur noch eine sekundäre Rolle, insofern ein sozial erhebliches Gewaltverhältnis „meist" ohne das auf das tatsächliche Haben gerichtete Wollen des Subjekts nicht anerkannt werde.

Das Wort „meist" läßt u. E. nicht darauf schließen, daß Manigk das Willensmoment beim Besitz absolut negiert.

Colberg[2]) definiert den Besitz als die von einer Person gewollte tatsächliche Gewalt dieser Person über eine Sache und kommt zu dieser Definition auf folgende Weise: Durch das Gesetz sei das Willensmoment nicht entschieden. Die Auslegung sei mithin freigegeben, diese führe aber in Übereinstimmung mit dem früheren Rechtszustand in Deutschland dazu, das Willensmoment für erforderlich zu erachten. Der nach wie vor erforderliche Wille sei aber nicht der animus domini des römischen Rechts, sondern der weniger starke Wille, der partikularrechtlich in Deutschland in weitem Umfange zum rechtlich geschützten Besitze begrifflich

[1]) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 654 ff.
[2]) Colberg, a. a. O., S. 66 ff.

verlangt worden sei. Dieser Ansicht können wir uns nicht anschließen, denn wir bestreiten, daß der Besitzwille nach früherem Recht erforderlich war und es nach dem heutigen Rechte ist. Außerdem vermissen wir eine genaue Begründung der Behauptung, daß die Auslegung zu einer Bejahung des Willensmoments führe.

Cosack[1]) hält zum ursprünglichen Besitzerwerbe einen Besitzwillen auf Seiten des Erwerbers für erforderlich, bekennt sich also im Prinzip zu der herrschenden Lehre. Andererseits aber sagt er, daß es auch nicht eine geringe Anzahl von Fällen gäbe, in denen der Besitzwille auf Seiten des Gewalthabers auch als selbstverständlich zu unterstellen sei. Hier sei es nicht erforderlich, daß der Erwerber den Besitzwillen wirklich fasse, geschweige denn, daß er ihn irgendwie äußere; ja, es sei nicht einmal nötig, daß er von dem Besitzerwerbe Kenntnis bekomme, oder daß er ihn vorausgesehen habe. Hierzu möchten wir bemerken, daß es einen Widerspruch bedeutet, wenn ein bestimmtes Moment in einzelnen Fällen Merkmal eines Begriffes ist, in einzelnen wieder nicht.

Der Begriff der Herrschaft setzt nicht notwendig einen Willen voraus, was ja aus der Entstehungsgeschichte des B. G. B. schlagend hervorgeht. Daß die Kommission der ersten Lesung des Entwurfes nicht auf dem Standpunkt stand, die tatsächliche Gewalt schließe ein Willensmoment in sich, geht aus den Motiven hervor.[2])

[1]) Cosack II, S. 69.
[2]) Mot. III, S. 79.

In der Kommission zur zweiten Lesung des Entwurfes wurde folgender Antrag gestellt: „Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben, wenn der Erwerber den Willen hat, die Sache in seiner Hand zu haben".[1])

Der Antragsteller wollte offensichtlich in dem Gesetzestext neben der tatsächlichen Gewalt ein Willensmoment besonders hervorgehoben sehen. Die Ablehnung dieses Antrages könnte man dem Umstande zuschreiben, die tatsächliche Gewalt an sich schließe das Willensmoment in sich. Hierdurch wäre noch nicht völlig der Beweis erbracht, daß die Kommission das Erfordernis des Willens negiere. Nun ist aber der Antrag abgelehnt worden, und die Gründe, aus denen er abgelehnt wurde, beweisen, daß Besitz o h n e Besitzwillen ausdrücklich anerkannt wird.

Es wurde nämlich geltend gemacht: „Die Aufstellung eines auf die Erlangung der tatsächlichen Gewalt gerichteten Willens sei in den zahlreichen Fällen entbehrlich, in denen nach der Lage der Sache die Herstellung der tatsächlichen Gewalt o h n e einen darauf gerichteten Willen nicht möglich sei und für die Fälle bedenklich, in welchen ein Erwerbswille desjenigen, der den possessorischen Schutz erlangen müsse, nur mit Hülfe willkürlicher Annahmen und Fiktionen zu konstruieren sei, so z. B. in dem Falle, wenn die für jemand bestimmten Sachen in dessen Abwesenheit in seiner Wohnung niedergelegt werden". . . . .

[1]) Komm. Prot. III, 27.

„Stelle das Gesetz das Willenserfordernis auf, so ergebe sich in den oben angedeuteten Fällen, wenn die Wissenschaft und Praxis dazu gelange, das Vorhandensein eines Erwerbswillens bei demjenigen, für den die Sache bestimmt sei, zu verneinen, das mißliche Ergebnis, daß an der Sache ein geschütztes Besitzverhältnis überhaupt nicht bestehe, ein Ergebnis, welches durch den Grundgedanken des Besitzschutzes, den Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung der äußeren tatsächlichen Ordnung der Verhältnisse der Personen zu den Sachen zu bewahren, nicht vereinbar sein würde".[1])

Die Bedeutung, die Rohde[2]) diesem Kommissionsprotokoll gibt, halten wir nicht für richtig. Es ist weder Sache legislatorischer Dialektik, noch ein Widerspruch in sich selbst, noch eine Fiktion, wenn die Kommission ausdrücklich anerkennt, daß es Fälle gibt, die einen Besitzwillen nicht anerkennen lassen. Eine solche Art stellt keine Ausnahme von dem mit Besitzwillen erworbenen Besitz dar, sie bildet auch keine Unterart von diesem, sondern sie ist ein absolut vollberechtigter Besitz, der sich von jenem lediglich durch Äußerlichkeiten unterscheidet.

Auf dem Boden der ersten Entwürfe steht auch der dritte Entwurf, der besagt: „Denn es sind auch solche Fälle zu berücksichtigen, in denen eine Sache in den äußeren Machtbereich einer Person unter Umständen gelangt ist, unter welchen ein Erwerbswille nicht angenommen werden kann, gleichwohl aber das

[1]) Komm. Prot. III, S. 30; Reatz, S. 408.
[2]) Rohde, a. a. O., S. 67.

Bedürfnis des Besitzschutzes besteht".[1]) Nun ist ja wohl in den eben zitierten Stellen hervorgehoben worden, daß es einzelne Fälle gebe, in denen die tatsächliche Gewalt über eine Sache ohne einen bei der Erlangung derselben vorhandenen Willen nicht denkbar sei, es wäre aber falsch, hieraus den Schluß zu ziehen, daß die Kommissionen hierdurch den Erwerbswillen begrifflich zur tatsächlichen Gewalt gezogen wissen wollten. Die tatsächliche Gewalt ist unbedingt ein Begriff für sich, zu dem das Willensmoment als selbstständiges Merkmal unbedingt nicht gehören kann. Wir würden sonst, wie Burghoff[2]) richtig anführt, die Einheit des Begriffes „tatsächliche Gewalt" aufgeben.

Wendt[3]) vertritt die Ansicht, daß sich aus der Entstehungsgeschichte des § 854 B. G. B. bezüglich des Willensmomentes nichts entnehmen lasse, daß vielmehr ganz klar aus dieser Entstehungsgeschichte hervorgehe, daß das Willensmoment für den Begriff von Macht und Herrschaft unentbehrlich sei. Nach der soeben durchgesprochenen Entstehungsgeschichte des § 854 B. G. B. ist es doch völlig ausgeschlossen, mit apodiktischer Gewißheit zu sagen, das Willensmoment sei unentbehrlich. Ganz im Gegenteil läßt sich das ausdrückliche Zugeständnis entnehmen, daß in einer Zahl von Fällen sehr wohl Besitz ohne Besitzwillen möglich sei. Wendt[4]) sagt weiter, daß überall die Verteidiger

[1]) Denkschr., S. 161.
[2]) a. a. O., S. 19.
[3]) v. Wendt, a. a. O., S. 83 ff.
[4]) Wendt, a. a. O., S. 81.

unserer Meinung mit den zugesteckten, heimlich niedergelegten, unbestellt ins Haus oder vors Haus gebrachten, dem Schlafenden, Betrunkenen in die Hand gegebenen oder in die Tasche gesteckten Sachen kommen, um die Berechtigung ihrer Meinung zu beweisen. Ja, natürlich kommen die Anhänger unserer Theorie mit diesen Dingen und zwar deswegen, weil gerade diese Beispiele am allerbesten dazu geeignet sind, die Richtigkeit unserer Ansicht zu beweisen. Wendt äußert sich nicht, wie er die genannten Dinge behandelt wissen will, sondern er beschränkt sich darauf, indirekt zuzugeben, daß sie ihm unbequem sind. Wir lehnen darum seine Ausführungen als nicht durchgreifend ab.

Für unsere Zwecke entnehmen wir den zitierten Stellen, daß nach Wortlaut und Sinn der drei Entwürfe das Willensmoment nicht zum Begriff der tatsächlichen Gewalt gehört. Wahrscheinlich hat den Gesetzgeber, teilweise wenigstens, der Wunsch geleitet, auch Geschäftsunfähige possessorisch zu schützen und auch demjenigen, der ohne Besitzwillen erwirbt, Besitzesschutz angedeihen zu lassen. Derselben Ansicht ist auch Riedinger[1]), der einen besonderen Besitzwillen im allgemeinen nicht für erforderlich hält, sondern diesen nur für eine Anzahl von Fällen bejaht.

In eigenartiger Weise hat es schließlich noch Affolter[2]) versucht zu beweisen, daß zum Besitzerwerb ein Erwerbswille durchaus erforderlich sei. Genannter Schriftsteller will nachweisen, daß in den

[1]) a. a. O., S. 49.
[2]) a. a. O., S. 2.

Fällen, wo ein Wille scheinbar fehle und doch ein Bedürfnis nach Besitzesschutz vorhanden sei, ein bezüglicher Wille sich konstruieren lasse; freilich ein Wille, der erst später nach dem rein tatsächlichen Momente auftrete, aber rückwirkende Kraft aufweise. Ein solcher Wille mit rückwirkender Kraft ist ein in Wirklichkeit nicht existierender, sondern ein fingierter Wille, da sich ein Besitzwille naturgemäß auf die Zukunft richten muß. Den Geschäftsunfähigen läßt er nur den körperlichen Tatbestand herstellen, erst durch die nachträgliche Zustimmung des Vormundes bezw. des sonstigen gesetzlichen Vertreters komme der Besitzerwerb zustande. Viele Geisteskranke behalten, wie Dernburg[1]) hervorhebt, auch nach der Entmündigung ihre Stellung im Wirtschaftsleben bei. Für sie würde es einen schweren Hemmschuh und eine Gefährdung ihrer Existenz bedeuten, wenn der Besitzerwerb auch der kleinsten Sache stets der Zustimmung ihres vielleicht entfernt wohnenden gesetzlichen Vertreters bedürfte. Darum ist auch die Theorie von Affolter unbrauchbar. Affolter sucht seine Ansicht weiterhin für das römische Recht durch Zitierung der berühmten Kodexstelle 1. III Cod. de poss. 7,32 zu begründen, vergißt aber, daß gerade diese viel umstrittene Stelle noch in einem ganz anderen Sinne ausgelegt werden kann, als wie es im ersten Augenblick den Anschein hat. Die Stelle besagt: Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim

[1]) Dernburg, Persönliche Rechtsstellung, S. 16.

sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur, interim, licet animi plenus non fuisset affectus possessionem per traditionem; esse quaesitam; alioquin, sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur, nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri. Affolter legt diese Stelle folgendermaßen aus: Das Kind hat an der geschenkten Sache Besitz bis zum Eingreifen des Vormundes. Genehmigt nun der Vormund diese Schenkung, so gilt das Kind als im Besitz der Schenkung befindlich, nicht erst von dem Moment der ihm erteilten Genehmigung an, sondern vom Moment der Schenkung an. Die Genehmigung des Vormundes soll also rückwirkende Kraft haben. Weiterhin sagt Affolter, das Kind erwerbe einstweilen den Besitz unter der Voraussetzung, der fehlende Wille werde später durch den Vormund ersetzt werden. Diese Auffassung ist schon deswegen durchaus abzulehnen, weil nach römischem Rechte ein infans durchaus nicht eines consensus seines tutor bedarf, da es ja keinen sensus, keinen eigenen rechtlich wirksamen Willen hat. Der Vormund muß voll und ganz für sein Mündel handeln, es bedarf seiner auctoritatis interpositio. Eine ganz andere Deutung erfährt diese Stelle durch Savigny[1]). Er meint nämlich, die auctoritas des Vormundes müsse auf jeden Fall hinzugedacht werden; alsdann habe die Stelle die Bedeutung, daß der auch so noch ungewöhnliche Vorgang — daß nämlich das corpus in der Person des Kindes, der animus in der Person des Vormundes gegeben sei - - einstweilen

[1]) a. a. O., S. 254.

dem Kinde als Besitzerwerb zugerechnet werde, bis es nach erlangter Pubertät den Besitz auf die gewöhnliche Art anfangen könne. Nach einer dritten, ebenfalls von Savigny zitierten Ansicht besagt die Stelle, das Kind solle bisweilen (interim) allein Besitz erwerben können, ohne daß es hierzu der auctoritas des Vormundes benötigte. Diese Ansicht halten auch wir für die richtige. Auch Gaertner, der im allgemeinen wie wir auf dem Standpunkt steht, daß zum Besitz ein Wille nicht unbedingt erforderlich sei, begeht eine Inkonsequenz, wenn er sagt, daß nach dem B. G. B. der Arbeiter, der eine Sprengpatrone auf seiner Arbeitswerkstätte versehentlich in seinen Kleidern mit nach Hause genommen hat, nicht Besitzer dieser Sprengpatrone wird, weil er dem Anschein nach die Sprengpatrone sicherlich nicht haben wollte[1]). Gaertner hat doch auseinandergesetzt, daß der Besitz rein äußerlich demjenigen zufällt, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat; im vorliegenden Falle würde doch dem Arbeiter der Besitz d. h. die tatsächliche Gewalt über die Sprengpatrone ohne weiteres zuzubilligen sein, denn er hat die Patrone in seiner Tasche und kann über sie willkürlich, also mit Ausschließung Dritter, verfügen. Daß die Patrone versehentlich, also ohne den darauf gerichteten Willen des Arbeiters in seine Tasche gekommen ist, ist völlig belanglos. Die bloße Tatsache, daß die Patrone sich in der Tasche vorfand, genügt vollkommen, um den Arbeiter Besitzer dieser Patrone werden zu lassen. Auf Seite 132 a. a. O. erklärt doch Gaertner

[1]) Gaertner, a. a. O., S. 135.

selbst: „Man darf das Recht nicht aus der Logik, sondern soll es nur mit Logik entwickeln . . . . . Souverain ist auf dem Willensgebiete die Rechtsordnung, Besitz ist daher, was sie als solchen hinstellt". Diese Rechtsordnung hat nun aber keine Vorschrift erlassen, daß zum Besitz ein darauf gerichteter Erwerbswille erforderlich ist, sie hat aber auch für den eben besprochenen Fall keine Sondervorschrift erlassen. Die Ansicht Gaertners ist daher mit seinen eigenen Worten widerlegt. Rohde[1]) verlangt, um Besitz für vorliegend zu erachten, die Person müsse rechtsfähig sein, an der Sache müsse rechtlich ein Besitz möglich sein, es müsse für die Person objektiv die ausschließliche Möglichkeit bestehen, auf die Sache beliebig tatsächlich einzuwirken und schließlich müsse die Person diese Möglichkeit für sich haben wollen. Was geschieht nun, wenn diese Person die genannte Möglichkeit nicht für sich haben will, wenn ihr diese Möglichkeit ohne ihr Wissen gegeben oder ihr mit Gewalt aufgedrängt wird? Natürlich erwirbt sie auch dann Besitz, denn sie wird ja der Vorschrift des Gesetzes entsprechend in die Lage versetzt, über die betreffende Sache unter Ausschluß Dritter vollkommen frei verfügen zu können. Wenn Rohde dann weiter sagt: „Dabei kann es für uns nicht zweifelhaft sein, daß der Besitzwille, soweit er für erforderlich zu erklären ist, einen wahren Bestandteil des Besitzers bildet, ...", dann scheint uns die Bemerkung „soweit er für erforderlich zu erklären ist" im Widerspruch zu stehen mit dem, was der Autor

[1]) a. a. O., Abschn. 2.

später sagt. Er behauptet nämlich weiterhin: „Eine tatsächliche Herrschaft der Person über die Sache ohne den Willen, diese Herrschaft zu haben, ist ein Widerspruch in sich selbst . . . . . .“ Wenn nun wirklich ein Besitzwille erforderlich ist, so daß ohne ihn nach Ansicht Rohdes ein Besitz nicht zustande kommen kann, so müßte doch dieser Wille stets erforderlich sein und nicht teilweise, wie aus der genannten Bemerkung hervorgeht. Daß eine tatsächliche Herrschaft der Person über die Sache ohne den Willen, diese Herrschaft zu haben, eine contradictio in se sein soll, ist gleichfalls nicht einzusehen. Der Begriff des Herrschens muß nicht notwendig ein Konglomerat beabsichtigter und wirklicher Handlungen positiven Tuns enthalten. Die Herrschaft über eine Sache muß doch nicht darin bestehen, daß man die einzelnen Funktionen, aus denen sich diese Herrschaft zusammensetzt, auch ausübt, sondern es genügt doch unzweifelhaft, wenn man die Möglichkeit hat, diese Funktionen auszuüben. Wer also den Besitz und den hierauf gerichteten Besitzwillen hat, der übt die einzelnen Funktionen, die ihm die erlangte tatsächliche Gewalt über die betreffende Sache gewährt, auch aus und genießt auch infolgedessen den Besitzesschutz. Derjenige, der rein körperlich die tatsächliche Gewalt über eine Sache ohne den hierauf gerichteten Besitzwillen hat, der übt wohl nicht die einzelnen Funktionen aus, er ist aber in der Lage, diese Funktionen auszuüben, weil er eben die tatsächliche Gewalt über die Sache hat. Darum kann man auch nicht davon sprechen, daß der Wille dem

Begriff der Handlung immanent ist, da er doch, wie wir eben gesehen haben, nur manchmal mit ihr zusammenfällt, manchmal hingegen sehr gut zu entbehren ist. Die äußeren Voraussetzungen für die Möglichkeit beliebiger tatsächlicher Einwirkung auf die Sache genügen vollkommen, um eine tatsächliche Sachbeherrschung zu ermöglichen: So können wir uns auch der Ansicht Rohdes, die er als das Ergebnis seiner Betrachtungen ansieht, nicht anschließen, daß ein Besitz, der vom Gesetz angenommen würde, ohne daß ihm der Herrschaftswille des Besitzers zugrunde liege, stets ein fiktiver sei, möge auch die Vermutung bestehen, daß der Besitzer bei vernünftiger Würdigung der Sachlage, wenn ihm diese bekannt wäre, den Besitzwillen haben würde. Bis hierhin[1]) bleibt Rohde dabei, ohne den Besitzwillen wäre ein Besitz nicht denkbar und zieht daraus die Folgerung, „so folgt daraus doch keineswegs, daß das Recht einen willenlosen Besitz überhaupt nicht anerkennen dürfe". „Das soziale und wirtschaftliche Leben des Volkes", so fährt er fort, „richtet sich nicht nach den Konstruktionen der Juristen und Gesetze, den Rechtsbegriffen und Rechtssätzen. Das Verhältnis ist vielmehr ein umgekehrtes. Die Rechtsinstitutionen haben sich den Bedürfnissen des Verkehrs anzupassen. Wo sie ihrer Aufgabe, diesen zu dienen, nicht oder nicht vollständig gerecht werden, da haben sie die Wissenschaft und besonders der Gesetzgeber anders zu gestalten, damit sie ihre Aufgabe erfüllen, insbesondere sie im Verhältnis zu ihrem ur-

[1]) Rohde, a. a. O., S. 4 ff.

sprünglichen Grund und Inhalt einzuschränken oder auszudehnen, wobei sie im Bedarfsfall auch vor Fiktionen nicht zurückschrecken dürfen. Dies gilt insbesondere auch von dem Erfordernis des Besitzwillens". Die Folgerungen, die Rohde aus seinen vorhin besprochenen Behauptungen ziehen zu müssen glaubt, sind allerdings sehr eigenartig zu nennen. Das B.G.B. ist natürlich, wie jedes andere Gesetz, durch einen dahingehenden Beschluß der Volksvertreter, also des Volkes, entstanden. Nach Rohdes Meinung haben also diese Volksvertreter nur einen Besitz für möglich erklärt, zu dessen Erlangung ein Wille vorhanden gewesen ist, während ein anderer Besitz nur ein fiktiver sein soll. Dasselbe Volk sagt sich nun aber, daß ein von ihm im Gesetze in ganz bestimmter Weise geschaffener Besitz nicht den Bedürfnissen des Verkehrs zuwiderlaufen dürfe und konstruiert sich selbst einen anderen Besitz, nämlich den Besitz ohne Besitzwillen. Diesen ganzen Gedankenbau führen wir auf folgendes zurück: Rohde stellt sich prinzipiell auf den Standpunkt, ein Wille sei zum Besitz erforderlich. Andererseits aber weiß er ganz genau, daß vielfach ein Wille nicht nachweisbar ist und daß doch Besitz zustande gekommen ist. Diesem Besitz ohne Erwerbswillen will er nun auf diese Weise zu seinem Rechte verhelfen. Auf anderer Weise vermögen wir uns nicht zu erklären, wie der sonst so scharfsinnige Autor zu derartigen Folgerungen hat kommen können. Den Besitz[1]) ohne Erwerbswillen erklärt Rohde dahin, daß es sich um

[1]) a. a. O., 63.

einen Besitz mit einem nicht wirklichen, sondern fingierten Erwerbswillen handele. Ob man nun diese Art des Besitzes Besitz ohne Besitzwillen nennt, oder ob man die Bezeichnung „Besitz mit einem fingierten Besitzwillen“ für besser hält, ist gleichgültig. Es ist genau dasselbe. Auch die von Rohde auf Seite 66 a. a. O. ausgesprochenen Befürchtungen bezüglich einer Unsicherheit der Rechtsprechung, die entstehen könnte, wenn man Besitz ohne Besitzwillen als solchen anerkennen würde, können wir nicht teilen. Nach unserer Überzeugung muß der Richter auch demjenigen, der in unserem Sinne Besitz erworben hat, einen Schutz dieses Besitzes gewähren. Es ist also völlig unnötig, daß der oberste Gerichtshof so viele Entscheidungen ergehen lassen müßte, als Tatbestände gedacht werden könnten.

Wir glauben, aus dem bisher Ausgeführten entnehmen zu können, daß das Gesetz das Willensmoment nicht unter den Begriff der tatsächlichen Gewalt gezogen wissen will, daß in dem Texte selbst bei dem Erwerbe des Besitzes ein hierauf gerichteter Wille nicht erfordert werde. Wir nehmen daher an, daß ein Besitzwille begrifflich nicht erforderlich ist.

Teil 2.

Ist zum Erwerbe des Eigenbesitzes ein hierauf gerichteter Erwerbswille begrifflich erforderlich?

Wir haben im vorigen Teil unserer Meinung zu begründen versucht, daß zum Besitzerwerb ein darauf gerichteter Erwerbswille nicht erforderlich sei und ziehen hieraus die Folgerung, daß dann auch alle jene Konsequenzen hinfällig werden, welche dem Eigenbesitz als Art des Besitzes den Willen zusprechen.

Nach § 872 B. G. B. ist derjenige Eigenbesitzer, der eine Sache als ihm gehörend besitzt. Die Gegner unserer Meinung wollen in den Worten „als ihm gehörend" den Erwerbswillen finden. Der erste Entwurf unterschied zwischen Innehabung und Besitz und definierte die Innehabung als tatsächliche Gewalt, den Besitz dagegen als tatsächliche Gewalt „in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben[1]). Beide, der Inhaber und der Besitzer, sollten possessorischen Schutz erhalten.

Im Gegensatz zum ersten Entwurf beseitigte der zweite nominell jeglichen Unterschied zwischen Inhaber

[1]) Mot. III, S. 82.

und Besitzer. Auch der Inhaber wurde zum Besitzer. Gleichwohl hielt man es für erforderlich, den Begriff des Eigenbesitzes zu schaffen und ihn in den Gesetzestext aufzunehmen, allerdings nicht in der von Strohal[1]) vorgeschlagenen Form: „Wer eine Sache mittelbar oder unmittelbar zu eigenem Vorteil inne hat, heißt Besitzer und zwar je nach dem Zwecke der Inhabung Eigenbesitzer oder Nutzbesitzer". Der von Strohal gemachte Vorschlag bezüglich der textlichen Fassung des Eigenbesitzes wurde dahin abgeändert, daß man denjenigen zum Eigenbesitzer erklärte, der eine Sache als ihm gehörig besitzt. Diese Begriffsbestimmung wurde äußerlich nur noch insofern verändert, als aus den Worten „als ihm gehörig" „als ihm gehörend" gemacht wurde. Nach dem bisher Gesagten ist ein Zweifel ausgeschlossen, daß „das wesentliche Merkmal jener als Eigenbesitz bezeichneten Unterart des Besitzes in dem Willen des Besitzers liege, die Sache als ihm gehörig zu besitzen"[2]). Da aber jener Wille des Besitzers in dem Gesetzestext nicht zum Ausdruck gekommen ist, so müssen wir dem Reichsgericht beipflichten, wenn es sagt, daß den Motiven und den Verhandlungen bei Beratungen von Gesetzen nur dann entscheidende Bedeutung beigelegt werden könne, wenn den dabei zutage getretenen Intentionen im Gesetze selbst erkennbar Ausdruck verliehen sei[3]).

[1]) Strohal, in Jahrb. 29, S. 371.

[2]) Denkschrift, S. 115.

[3]) Entscheidg. des R. G. in Zivilsachen, Bd. 20, S. 157.

Auch in einem anderen Falle hat das Reichsgericht in unserem Sinne entschieden [1]). Darnach hatte der Aufsteller eines Netzes die Störe, nachdem sie in seine Fangvorrichtung gelangt waren, als herrenlose Sachen, die weder dem Zueignungsrechte des Staates noch dem dritter Privatpersonen vorbehalten waren, wirklich in seine Gewalt gebracht und war gemäß § 9 A. L. R. I. 9 von dem Augenblicke an, da solches geschehen, Eigentümer derselben geworden, ohne daß es darauf ankam, ob er von dem Fange bereits Kenntnis erlangt hatte oder nicht.

Diese Entscheidung bestätigt voll und ganz das, was wir in Teil 1 bezüglich der Stellungnahme des Allgemeinen Landrechts gesagt haben.

Auch das Reichsgericht ist also, ganz allgemein gesagt, der Ansicht, daß der Gesetzestext „erkennbar" zum Ausdruck bringen müsse, was unter allgemein gehaltenen Ausdrücken und Begriffen zu verstehen sei. Trotzdem stellt Hempowicz die eben zitierte Stelle aus der Denkschrift als ersten Beweis gegen unsere Ansicht auf und folgert, die wesentliche Grundlage des Eigenbesitzes sei die Willensrichtung des Besitzers. Durch diese unterschiede sich der Eigenbesitz allein vom Fremdbesitz [2]). Weiter sagt Hempowicz: „Nach dem § 854 B. G. B. wird der Besitz durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben. In diesem Paragraphen nahm der Gesetzgeber von dem animus Abstand, behielt aber das zweite Erfordernis nämlich das corpus.

[1]) Entscheidg. des R. G. in Strafsachen, Bd. 29, S. 217.
[2]) a. a. O., S. 16 u. 17.

Hätte er das Willensmoment gänzlich bei Seite schaffen wollen, so würde er nicht der Besitzlehre ganz zuletzt noch dem § 872 hinzugefügt und denjenigen zum Eigenbesitzer gestempelt haben, der eine Sache als ihm gehörend besitze". Nicht deshalb hat der Gesetzgeber der Lehre vom Besitz am Schluß noch den Eigenbesitz hinzugefügt, um das Willensmoment durchaus hineinzubringen, sondern deshalb, weil er zunächst die Vorschriften über den Besitz bringen mußte, um am Schluß eine besondere Art des Besitzes auch besonders zu erwähnen. Durchaus abzulehnen ist somit die Schlußfolgerung von Hempowicz; beim bloßen Besitz ist nur das corpus, nicht auch der animus erforderlich. Beim Eigenbesitz dagegen ist das Willensmoment durchaus deutlich zu erkennen, und zwar aus dem Wortlaut zu erkennen, da am Schluß der einen Willen nicht voraussetzenden Besitzlehre eine neue Art Besitzer genannt wird, der „als ihm gehörend" besitzt, der Eigenbesitzer. Demgegenüber sei bemerkt: Fischer, der den animus domini ebenfalls verneint, erklärt den Ausdruck „als ihm gehörend" mit „zum Zweck der Ausübung des Eigentums". Ihm schließt sich Auerbach[1]) an, indem er die Definition folgendermaßen ableitet: „Das B. G. B. unterscheidet richtig Besitz in Ausübung eines Rechts (§ 837 B. G. B.) und besitzt zum Zweck der Ausübung eines Rechts (§ 955, Abs. 2 und § 988 B. G. B.). Es gibt also Besitz in bezw. zum Zweck der Ausübung des Pfandrechts, Nießbrauchrechts, Mietrechts, Pachtrechts, kurz aller

[1]) a. a. O., S. 16 u. 17.

Rechte, die zum Besitz berechtigen. Ein solches Recht ist unzweifelhaft das Eigentum; also muß es sowohl einen Besitz in Ausübung, als auch einen Besitz zum Zweck der Ausübung des Eigentums geben. In § 837 spricht das B. G. B. von Besitz in Ausübung eines Rechts; auch das Eigentum ist ein Recht und wird daher vom § 937 mitgetroffen. In den §§ 955, 988 ist vom Besitz und Zweck der Ausübung eines Nutzungsrechtes die Rede. Unter Nutzungsrecht kann aber Eigentum nicht verstanden werden, dieses bildet vielmehr einen Gegensatz zu den Nutzungsrechten, die nur beschränkte Rechte an einer Sache sind (§ 954). Kennt also das B. G. B. überhaupt keinen Besitz zum Zweck der Ausübung des Eigentums, des wichtigsten aller Rechte? — Es kennt einen solchen und hat für ihn wegen seiner großen Bedeutung in den zahlreichen Rechtsfällen, die sich an ihn knüpfen, eine technische Bezeichnung: Eigenbesitz".

Wir schließen uns der zuerst von Strohal gegebenen Definition, die wir in der Auerbachschen Entwicklung eben gegeben haben, an: Eigenbesitz ist Besitz zum Zwecke der Ausübung des Eigentums. Diese Definition entspricht auch durchaus der deutschrechtlichen Gewere, bei der auch Wolff[1]) den animus dominantis nicht für erforderlich hält. Nach der von Huber gegebenen Definition setzt sich die Gewere aus zwei Elementen zusammen: Aus der „Nutzung", das ist die tatsächliche Herrschaft über die betreffende Sache und „aus der Behauptung

[1]) Kipp-Wolff, Sachenrecht, 1913, S. 11.

einer dieser Herrschaft entsprechenden, nach objektivem Recht gegebenen dinglichen Berechtigung an der Sache“ [1]). Wolff [2]) hält diese Definition für eine treffende Formel, für einen erheblichen Teil der Gewerewirkungen, des „Inhalts“ der Gewere. Hierzu bemerkt Auerbach mit vollem Recht, daß der Ausdruck „Behauptung“ nur bildlich zu verstehen sei, da nur eine Person behaupten könne, nicht ein Zustand, der doch der Besitz sei [3]). Er definiert daher die Gewere: tatsächliche Herrschaft zum Zweck der Ausübung eines Rechts. Dasselbe sagt Wolff [4]) von der Gewere des mittelalterlichen deutschen Rechts. Diese beiden Merkmale sind unbedingt erforderlich, wenn man von der Gewere resp. Eigengewere reden will. Hat jemand nur die tatsächliche Gewalt über eine Sache, dann ist er deutschrechtlich Verwaltungsbesitzer, nach dem Recht des B. G. B. dagegen gemäß § 855 Besitzdiener. In der Gewere konnte jedes dingliche Recht zur Darstellung gelangen, während im Besitz auch obligatorische und nicht alle dinglichen Rechte vorkommen. Eine teilweise Erklärung hierfür ist in der verschiedenartigen Auffassung, die bezüglich des Wesens der tatsächlichen Gewalt herrschte, zu finden. Nach Planck [5]) und Biermann [6]) versteht man darunter ein „Macht-

[1]) Huber, die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, 1894, S. 22.

[2]) Kipp-Wolff, Sachenrecht, 1913, S. 14.

[3]) a. a. O., S. 18.

[4]) Kipp-Wolff, Sachenrecht, 1913, S. 11.

[5]) a. a. O., Anm. 2 zu § 854 B. G. B.

[6]) a. a. O., Anm. 2, Abs. 1, zu § 854 B. G. B.

verhältnis, welches dem Gemeinbewußtsein als tatsächliche Herrschaft erscheint", während das deutsche Recht darunter die realisierte Nutzung versteht. Aus dem eben Dargelegten können wir mit Recht die Folgerung ziehen, daß auch das deutsche Recht seinen Teil zur Bildung des Eigenbesitzes beigetragen hat.

Nach dieser Abschweifung möchten wir Hempowicz auf seine bis dahin betrachteten Ausführungen entgegnen, daß schon aus dem ganzen System des Besitzrechtes hervorgeht, daß der animus domini unmöglich zum Begriff des Eigenbesitzes gehören kann. Hingegen müssen und wollen wir den Gegnern unserer Meinung beipflichten, wenn sie sagen, daß bei der größten Zahl der den Eigenbesitz berührenden Beispiele ein Wille des Eigenbesitzes zu finden sein wird; wir bestreiten aber, daß dieser Wille überall erkennbar ist und ein Charakteristikum des Eigenbesitzes darstellen soll.

Die Gegner unserer Meinung, die die heute herrschende Ansicht vertreten, sagen, lediglich das Willensmoment unterscheide den Eigenbesitz vom gewöhnlichen Besitz. Hätte der Gesetzgeber einen Eigenbesitz ohne Willenserfordernis schaffen wollen, so wäre § 872 überflüssig. Demgegenüber sagen wir, daß der Eigenbesitz gleichsam in der Mitte steht zwischen Besitz und Eigentum, daß er ein Bindeglied zwischen beiden ist, ohne daß deswegen das Willensmoment in ihm enthalten sein muß.

Außerdem wird uns häufig entgegnet, daß der § 872 mit dem § 868 zusammenfallen müßte, wenn unsere

Ansicht die richtige wäre. Wie wollen dann aber unsere Gegner das Besitzverhältnis des Verlierers und Finders beurteilen? Es gibt sehr viele Besitztatbestände, die nicht im § 868 unterzubringen sind. Wir folgern hieraus, daß Eigenbesitz und mittelbarer Besitz, Fremdbesitz und unmittelbarer Besitz, auch wenn man den animus domini nicht annimmt, nicht immer zusammenfallen. Hieraus wieder folgern wir, daß der Besitz vom Eigenbesitz auch dann zu unterscheiden sei, wenn man das Erfordernis des animus domini negiert.

Obwohl wir bereits gesagt haben, daß die meisten Autoren unseren Standpunkt nicht vertreten, lassen wir hier die hervorragendsten Beispiele folgen:

Staudinger[1]): „Eigenbesitzer ist, wer eine Sache als ihm gehörig besitzt, d. h. mit dem Willen, die Sache wie ein Eigentümer zu haben".

Crome[2]): „Guter Glaube (daß man sich für den Eigentümer hält) ist dazu nicht erforderlich, wohl aber der Wille, die Sache ausschließlich zu beherrschen".

Matthiaß[3]): „Der Eigenbesitz ist Sachbesitz mit der besonderen Qualifikation, daß der Besitzer den Willen hat, die Sache wie ein Eigentümer zu beherrschen (animus domini), ohne daß die Einbildung Eigentümer zu sein, hinzukommen müßte".

Biermann[4]): „Der Eigenbesitz ist identisch mit dem vollständigen Besitz des A.L.R., doch mit

[1]) a. a. O., S. 63.
[2]) a. a. O., S. 23.
[3]) a. a. O., S. 6.
[4]) a. a. O., S. 22.

dem Unterschiede, daß sich dieser auch auf Rechte bezieht. Wenn gefordert wird, daß der Besitzer die Sache „als ihm gehörend“ besitze, so heißt dies: er muß den animus domini haben“.

Endemann[1]): „Die mit dem Eigenbesitz verbundenen gesteigerten Wirkungen finden ihre Begründung darin, daß die tatsächliche Gewalt von dem Willen getragen wird, die Sache selbständig und unter Ausschluß anderer nur für sich zu besitzen. Der Eigenbesitzer erkennt keine höheren Besitzberechtigten über sich an: er will wie ein Eigentümer oder als eigener Herr unter Ausschließung des Eigentümers besitzen“.

Planck (Sachenrecht S. 62): „Vielmehr besitzt eine Sache als ihm gehörend, wer sie mit dem Willen besitzt, sie wie eine ihm gehörende zu besitzen. Nicht auf das Eigentumsrecht, sondern auf die diesem Rechte entsprechende Stellung zur Sache muß der Wille gerichtet sein“.

Cosak (in § 185) und Enneccerus-Lehmann vertreten ebenfalls die herrschende Ansicht.

Wolff[2]), der im allgemeinen unsern Standpunkt vertritt, deduziert logischerweise folgendermaßen: Zum Besitz ist nicht immer ein auf dessen Erwerb gerichteter Wille erforderlich, mithin auch nicht zum Eigenbesitz, den wohl auch Wolff für eine Abart des Besitzes hält. So werde der Verwahrer, der den Hinterleger beerbe, aber einen Dritten für den Erben halte, Eigenbesitzer, obwohl er Verwahrungsbesitzer bleiben wolle.

[1]) a. a. O., S. 154.
[2]) Wolff, a. a. O., S. 20 ff.

Ferner: „Wo jemand (z. B. nach § 854 Abs. 2) Besitz zu übertragen glaubt, obwohl er wegen Nichtigkeit der Übertragung seinen Besitz behält, bleibt er auch wider Willen Eigenbesitzer, wenn er es bis dahin war".

In besonders ausführlicher Weise haben es sich Manigk[1]) und Hempowicz[2]) angelegen sein lassen, den Beweis zu versuchen, daß zum Eigenbesitz ein ausdrücklich darauf gerichteter Erwerbswille stets erforderlich sei, daß Eigenbesitz ohne diesen Willen nicht möglich sei.

Ganz äußerlich möchten wir schon an dieser Stelle die Ansicht Wolffs[3]) bringen, die u. E. in ihrer Schlichtheit treffend die nachher folgenden Ausführungen Manigks charakterisiert. Wolff sagt a. a. O.: „Nicht immer kann die Auskunft darüber, ob Eigenbesitz besteht, von der Willensrichtung des Besitzers herkommen; dann nämlich nicht, wenn der Besitz ohne Willen erworben wird. In der dazu gehörigen Anmerkung sagt Wolff hinzu: „Das übersieht Manigk".

Manigk[4]) bringt zunächst einen Vergleich zwischen dem animus domini und dem dolus des Delinquenten und sagt, ebenso wie im Strafrecht die inneren Tatsachen berücksichtigt würden, dürfe man auch im Zivilrecht nicht lediglich nach äußeren Merkmalen entscheiden. Dieser Vergleich ist insofern nicht ganz ein-

[1]) Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. 1901.

[2]) Merkmale u. Bedeutung des Eigenbesitzes 1907.

[3]) Wolff, a. a. O., S. 20 ff.

[4]) a. a. O., S. 106.

wandfrei, als das System des B. G. B. ein ganz anderes ist, als das des Strafgesetzbuches und beide Gesetzbücher infolgedessen einen Vergleich schwer aushalten, zumal, wenn es sich, wie Friebe[1]) richtig sagt, auf so schwankendem Boden wie in diesem Fall bewegt.

Fischer[2]) sagt, daß es beim Erwerb des Eigenbesitzes auf subjektive Erfordernisse wie guter Glaube, animus domini oder ein sonstiges Bewußtsein nicht ankomme, daß daher auch Kinder und Wahnsinnige Eigenbesitz erwerben könnten, da die Worte „als ihm gehörend" dasselbe bedeuteten, wie „zum Zweck der Ausübung des Eigentums". Auch Wolff[3]) ist der Meinung, es sei nicht nötig, daß dem Eigenbesitzer die Sache gehöre, oder daß er glaube, sie gehöre ihm; darum sei auch der Dieb Eigenbesitzer. Manigk und Hempowicz wollen diese Meinung nicht gelten lassen und führen dagegen an, daß der Zweck etwas Subjektives sei, nämlich das vom Handelnden vorgestellte und angestrebte Ziel. Tatsachen an sich könnten keinen Zweck haben, da nur der Mensch mit der Verwirklichung von Tatsachen Zwecke verfolgen könne.

Derselben Meinung wie Fischer ist auch Dernburg, wenn er es zum Eigenbesitz für genügend hält, daß man die Stellung des Eigentümers einnehme[4]). Dernburg ist mithin ebenfalls ein Vertreter der objektiven Theorie.

---

[1]) a. a. O., S. 72.
[2]) Fischer-Henle § 872 Anm. 1.
[3]) Wolff, a. a. O., S. 21.
[4]) Dernburg, Bürgerl. Recht III. § 12 Ziff. 2.

Der eben zitierten Manigkschen Ansicht hält Auerbach[1]) sehr richtig entgegen, daß Manigk hier Zweck und Absicht verwechsele; nicht nur der Mensch könne Zwecke haben, sondern auch Tatsachen. Ein Haus habe den Zweck bewohnt zu werden, während der Mensch die Absicht habe, das Haus zu bewohnen. Manigk[2]) nennt diese Entgegnung eine Spielerei mit Worten. Weiter sagt er, ein Haus habe den Zweck bewohnt zu werden. Das Haus habe diesen Zweck aber doch sicherlich nur, insofern er von dem Menschen mit dem Hause verbunden werde. Nicht das Haus setze den Zweck, sondern der Mensch allein. Bei anderer Gelegenheit diene das Haus vielleicht Belagerungszwecken. Man spreche wohl von einem normalen Durchschnittszweck einer Sache, aber immer insofern, als diejenigen Personen, die die Sache herstellen oder gebrauchen, jenen Zweck gewöhnlich im Auge haben. Mit diesen Ausführungen gibt uns Manigk u. E. einen Beweis mehr in die Hand, daß die Ansicht, zum Eigenbesitzer sei unbedingt ein Erwerbswille erforderlich, durchaus nicht so einwandsfrei dasteht. Wenn in unserem Beispiel, wie Manigk selbst zugibt, das Haus gewöhnlich Wohnzwecken, manchmal aber Belagerungszwecken dient, so kann man sehr wohl sagen, das Haus hat den Zweck, bewohnt zu werden. Bei einem Hause von einem „normalen Durchschnittswert“ zu sprechen, halten wir sogar für verfehlt, da ein Haus,

[1]) a. a. O., S. 21.

[2]) Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes nach B. G. B. im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 25, S. 319.

abgesehen von ganz minimalen Ausnahmen, einfach stets zum Bewohntwerden da ist.

Ebenso müssen wir die Folgerung, die Manigk aus genannter Ausführung zieht, durchaus ablehnen. Er meint dort: „daraus folgt also für den Eigenbesitz gerade umgekehrt, daß jene „Stellung" bei Dernburg und jener „Zweck" bei Fischer schließlich immer auf den Willen des Besitzers führen, die Sache allein für sich zu haben".

Wenn Manigk Zweck und Absicht identifiziert, was an sich ja nahe liegt, so vertreten wir demgegenüber die Meinung, daß diese beiden Begriffe durchaus nicht notwendig zusammenfallen müssen, wenn es auch mitunter der Fall sein wird. Manigk sagt, daß Fischer und Auerbach mit ihrer Definition nichts anderes sagen, als daß die Absicht des Besitzenden, also subjektive Merkmale unterscheiden.

Welche bedeutende Rolle der Zweck im Recht spielt, darauf hat Ihering[1]) in scharfsinniger Weise hingewiesen. So ist der Zweck des Eigenbesitzes der, den Eigentumserwerb bei der Ersitzung, der Aneignung und dem Fruchterwerb zu vermitteln.

Nach Ansicht der Gegner unserer Meinung können geschäftsunfähige Personen keinen Eigenbesitz erwerben. Die Mängel dieser Meinung zeigen sich besonders bei Betrachtung der Lehre von der Ersitzung. Das Gesetz sollte also Geschäftsunfähige possessorisch schützen, ihnen aber die Ersitzung verweigern? Gegen uns

[1]) S. 539.

wird § 937, Abs. 2, geltend gemacht, der besagt, daß die Ersitzung ausgeschlossen sei, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben sei, oder wenn er später erfahre, daß ihm das Eigentum nicht zustehe. In der Tat zählen die meisten Autoren den guten Glauben als Erfordernis der Ersitzung auf, wodurch natürlich Willensunfähige von der Ersitzung ausgeschlossen wären. Wir sind indessen der Meinung, daß das Gesetz durchaus nicht guten Glauben bei der Ersitzung erfordere, sondern daß es den von der Ersitzung ausschließe, der bösgläubig ist. Manigk[1]) weist diese Meinung mit den schärfsten Ausdrücken zurück und fragt: „Was soll der Ersitzende denn für einen Glauben haben, wenn er dabei nicht bösgläubig sein darf? Es scheint nichts anderes übrig zu bleiben, als der gute Glaube". Nun, der vom Gesetz verlangte Mangel des bösen Glaubens braucht sich u. E. durchaus nicht im Vorhandensein des guten Glaubens zu äußern. Der Betreffende kann ruhig ersitzen, wenn er sich z. B. bez. der bona oder mala fides indifferent verhält; dagegen ist er von der Ersitzung ausgeschlossen, wenn er effektiv bösgläubig ist. Nach unserer Meinung sind also Geschäftsunfähige durchaus ersitzungsfähig oder, wie Auerbach[2]) sehr richtig sagt: „gerade weil der böse Glaube sich im Kopfe eines dreijährigen Kindes schwer darstellen wird, eben deshalb ist das Kind besonders fähig, Eigentum durch Besitz zu erwerben".

[1]) a. a. O., S. 325.
[2]) a. a. O., S. 34 u. 35.

Ferner haben unsere Gegner es für richtig gehalten, mit Kindern und Geisteskranken ebenso wie bei der Ersitzung auch bei der Aneignung zu verfahren. Auch von diesem Rechtsinstitut sollen sie dadurch ausgeschlossen werden, daß man von ihnen den animus domini erfordert, was natürlich unmöglich ist. Manigk[1]) ist sogar der Meinung, es widerspreche dem Rechtsgefühl, geschäftsunfähige Personen zum Eigentumserwerb zuzulassen. Er hält es für widersinnig, daß Kinder — um das von Leonhard[2]) gewählte Beispiel zu zitieren — an den von ihnen gefangenen Käfern und Schmetterlingen Eigentum erwerben sollen. Wie Manigk[3]) selbst zugibt, können geschäftsunfähige Personen durch Spezifikation wohl Eigentum erwerben, dagegen nicht durch Okkupation, obwohl sie speziell bei der Okkupation kein Recht eines anderen beeinträchtigen. Dernburg[4]), der im übrigen durchaus auf unserer Seite steht, läßt Kinder unter 7 Jahren und Geisteskranke insoweit zum Eigenbesitz zu, als ihr natürlicher Wille es ihnen ermöglicht, eine Sache als ihnen gehörend zu besitzen. Dann fährt er fort, sei anzunehmen, daß sie Eigentum durch Aneignung und Besitz erwerben können.

Dieselbe Meinung vertritt auch Kniep[5]). Beiden Ansichten widerspricht Hempowicz[6]), wenn er

[1]) S. 212, 217, Anm.
[2]) Leonhard, Allg. Teil, S. 259, Anm. 5.
[3]) S. 217, Anm.
[4]) Dernburg III, S. 55.
[5]) Der Besitz des B. G. B., S. 96 u. 104.
[6]) a. a. O., S. 19 u. 20.

sagt: „Gegen diese Auffassung spricht schon der Umstand, daß vom Standpunkte der Wissenschaft das Wollen des Geschäftsunfähigen nicht dem auf freiem Entschluß beruhenden Willen entspricht, den man im eigentlichen Sinne als Wollen bezeichnen kann. Man kann wohl da von einem Wollen auch kaum sprechen, wo dieses auf einer Zwangsidee oder auf der Funktion eines krankhaft beschaffenen Zustandes beruht. Es ist schon deshalb anzunehmen, daß der Gesetzgeber dem Willen eines Geschäftsunfähigen ein Gewicht nicht beimessen wollte, da er ja nur den auf freiem Entschluß beruhenden Willen eines normalen Menschen berücksichtigt". Hierauf erwidern wir mit einem Beispiel: Ein Kind von 4 Jahren oder ein wegen Geisteskrankheit Entmündigter finden am Meeresstrande ein Stück Bernstein. Hier ist u. E. der zur Aneignung erforderliche Eigenbesitz gegeben, mithin nicht bloß einfacher Besitz, sondern auch Eigentum durch Aneignung erworben.

Manigk[1]) meint, ein solcher rechtsgeschäftlicher Wille müßte erfordert werden, da es sonst sehr einfach wäre, eine Schenkung zu umgehen. Der Schenker müßte seine Sache erst vor den Augen des Kindes derelinquieren, indem er sie fortwerfe, das Kind aber müsse sich dann die Sache aneignen. Auf diese juristische Konstruktion läßt sich nur sagen, daß man dem Kinde eine Sache schenkt, um sie ihm zu übereignen, nicht um sie herrenlos zu machen. Gibt man nach § 959 B.G.B. das Eigentum an einer Sache auf,

[1]) Manigk, Voraussetzungen, S. 325.

so muß man auch damit rechnen, daß sich irgend jemand die derelinquierte Sache aneigne.

Weiter zieht Manigk[1]), um unsere Ansicht zu widerlegen, den § 959 B. G. B. heran, nach dem eine Sache herrenlos wird, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt. Hieraus folgert er: Fordert die Dereliktion, die eine Sache zu einer herrenlosen macht, nach § 959 die Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, so muß doch auch die Aneignung, die der herrenlosen Sache wieder einen Eigentümer gibt, die Absicht enthalten, das Eigentum zu erwerben.

Dieser Schlußfolgerung können wir uns nicht anschließen. Für denjenigen, der eine Sache derelinquiert, bedeutet diese Dereliction den Verlust eines Rechtsgutes; damit[2]) dieses Rechtsgut nicht ohne weiteres durch den Verlust des Besitzes (Eigenbesitzes) verloren gehe, verlangt der Gesetzgeber von dem Derelinquierenden noch ausdrücklich die Absicht, auf das Eigentum an der derelinquierten Sache zu verzichten. Da das Gesetz nun auf dem Standpunkt steht, den Eigentumserwerb zu erleichtern, den Eigentumsverlust dagegen zu erschweren, verlangt es bei jenem eine Absicht, gewährt bei diesem dagegen sofort Eigentum, wenn man eine herrenlose Sache in Besitz (Eigenbesitz) nimmt. Diese Tendenz des Gesetzes liegt schon in dem allgemeinen Rechtsgrundsatz „Erwerb eines Rechts-

[1]) Manigk, Voraussetzungen, S. 323.
[2]) Vgl. auch Friebe, S. 77.

gutes wird erleichtert, Verlust wird erschwert". Ein weiteres Beispiel für die Anerkennung dieses Grundsatzes ist im § 107 enthalten, der besagt: „Der Minderjährige bedarf zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters".

Da, wie gesagt, außerdem in keiner Weise das Recht eines Dritten gefährdet wird, wenn wir Kinder und Geisteskranke zum Eigenbesitz zulassen, so ist nicht einzusehen, weshalb man diesen erschwerende Bedingungen stellen sollte.

Außerdem macht Manigk[1]) rein äußerlich gegen uns noch geltend, daß Geschäftsunfähige auch deshalb zum Eigenbesitz nicht zugelassen seien, da sie erheblichen Schaden dadurch erleiden könnten. Diesen Einwand weisen wir mit Auerbach[2]) und Friebe[3]) als völlig unbegründet zurück, da man die Nachteile eines Rechtsinstitutes ruhig mit in Kauf nehmen kann, wenn man seine ungleich größeren Vorteile genießt, wie es hier augenscheinlich der Fall ist. Praktisch handelt es sich übrigens bei dem eben genannten Einwande Manigks nur um § 836 B.G.B., da nach § 988 B.G.B. ein erheblicher Schaden kaum zu befürchten ist. Aber auch § 836 B.G.B. dürfte zu besonderen Bedenken keinen Anlaß bieten, da auch in den anderen fraglichen Fällen der Eigenbesitz meist derivativ wird erworben werden.

[1]) a. a. O.
[2]) a. a. O.
[3]) a. a. O., S. 78.

Wie bereits gesagt, genügt es zum Eigenbesitz, die äußere Stellung eines Eigenbesitzers zu haben. Hierauf könnte man uns mit folgendem Beispiel entgegnen: Ich bin Eigentümer einer irgendwo im Auslande befindlichen Sache, während mein Freund den Nießbrauch an dieser Sache hat. Mein Freund nimmt nun die „äußere Stellung" eines Eigentümers ein und übt dessen Funktionen aus. Ich werde also Fremdbesitzer, während mein Freund Eigentümer dieser Sache ist.

Auerbach erwidert auf diese Schlußfolgerung[1]): „Eigenbesitz ist Besitz zum Zwecke der Ausübung des Eigentums. Der Besitz muß also, um Eigenbesitz zu sein, den Zweck haben, das Eigentum auszuüben. Es kommt also auf den Zweck des Besitzes an. Und wodurch wird der Zweck eines Besitzes bestimmt? In erster Linie durch den Akt, dem er seine Entstehung verdankt, die causa". Übertragen wir diese Sätze auf unser Beispiel, so müssen wir sagen, beim Nießbrauch hat die causa die Bestimmung, Fremdbesitz zu schaffen. Mein Freund würde also Fremdbesitzer, ich dagegen Eigenbesitzer sein.

Auerbach folgt also in seinen Ausführungen der von Ihering[2]) für das römische Recht verfochtenen Causaltheorie, wonach nicht der animus entscheidend sein soll, sondern die causa, der Entstehungsgrund, das Rechtsverhältnis, das dem Erwerb zugrunde liegt. Der Auerbachschen Meinung können

[1]) a. a. O., S. 23.
[2]) Ihering, Besitzwille, S. 53 ff.

können wir nicht völlig beipflichten,[1]) da die scheinbar alles lösende causa doch nicht in dem Maße als Universalmittel verwendet werden kann, wie es Auerbach will. Um unsere Ansicht zu begründen, müssen wir etwas weiter ausholen: Nicht alle diejenigen Personen, die wir heute Besitzer nennen, waren es auch nach römischem Recht. Es gab in Rom nur eine fest bestimmte Reihe von Personen, die Besitzer waren, und zwar diejenigen, denen der Interdiktenschutz zur Seite stand. Alle anderen waren nicht possessorisch geschützt. Später stellte Savigny, als das gemeine Recht prinzipiell einen Unterschied zwischen Besitzer und Inhaber feststellen wollte, die Theorie auf, daß beide sich nur durch den animus domini unterscheiden. Dieser Ansicht trat zuerst Ihering entgegen, indem er sagt[2]), die Spaltung des Besitzverhältnisses in Besitz und Innehabung komme nach seiner Theorie nicht mehr auf ihre Rechnung. Weiter führt er aus, daß ausschließlich objektive Merkmale entscheidend seien. Er findet den Unterschied zwischen Besitzer und Innehaber nicht in dem animus, sondern in der dem Rechtsverhältnisse zugrunde liegenden causa, dem Entstehungsgrund. Also hat der Pächter den Mangel des possessorischen Schutzes nicht dem Fehlen des animus domini zu danken, sondern einfach dem Umstande, daß das Recht dem Pächter den Besitzschutz absprach. Ebenso sind wir der Meinung, daß unser heutiges Recht z. B. den Pfandgläubiger und Mieter nicht deswegen possessorisch

[1]) Darunter vgl. Friebe, S. 87 ff.
[2]) a. a. O., S. 53 u. 54.

schützt, weil sie einen bestimmten animus haben, sondern weil es sie als unmittelbare Besitzer auf Grund der Erwerbscausa ansieht.

Anders verhält es sich in dieser Beziehung mit dem Eigenbesitz; das Gesetz hat nicht diejenigen Personen genau genannt, die Eigenbesitz resp. Fremdbesitz haben sollen, sondern es hat bestimmt, derjenige solle Eigenbesitzer sein, der eine Sache als ihm gehörend besitzt. Wohl kann man nach der causa feststellen, ob jemand mittelbar oder unmittelbar besitzt; man kann u. E. aber nicht sagen, welche causa beim Eigenbesitz und welche beim Fremdbesitz vorliegt, da wir beim Eigenbesitz nur festzustellen haben, ob die betreffende Person als ihm gehörend besitzt oder nicht. Die von Auerbach[1]) vertretene Theorie dürfte daher u. E. nur für zutreffend zu erachten sein, wenn es sich lediglich um mittelbaren oder unmittelbaren Besitz handelt. Auerbach nimmt eben überall, wo es sich um unmittelbaren Besitz handelt, Fremdbesitz an und läßt, da sich der unmittelbare Besitz durch die causa bestimmt, auch für den Fremdbesitz dieselbe causa entscheiden. Wenn wir auch zugeben, daß häufig Eigenbesitz und mittelbarer Besitz in der Praxis zusammenfallen werden, so ist doch andererseits zu sagen, daß dies nicht notwendig immer der Fall sein muß[2]). Derselben Ansicht wie Auerbach ist übrigens auch Fischer.[3])

[1]) a. a. O., S. 22 u. 23.
[2]) Vgl. Friebe, a. a. O., S. 90.
[3]) Fischer in Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 872.

Als Inkonsequenz oder als ein gewisses Mißtrauen müssen wir es fernerhin bei Auerbach bezeichnen, daß er schon für den Dieb eine besondere causa konstruiert, eine causa vitiosa, trotzdem die Rechtsordnung den Diebstahl nicht als Erwerbscausa des Eigentums ansieht.

Auch der in dieser Beziehung von Dernburg[1]) vertretene Standpunkt dürfte kaum zu einem befriedigenden Resultat führen, da Dernburg Eigenbesitz entstehen läßt, wenn dem Besitzer nicht nachgewiesen wird, daß der Besitzerwerb sich auf ein anderes Verhältnis (causa) als das des Eigentums gründet. Was Dernburg aber unter einer causa, die geeignet ist, Eigentum zu verschaffen, verstanden wissen will, sagt er nicht. U. E. ist der Ausdruck zu unbestimmt gehalten.

Als weiterer Grund, der geeignet sein soll, unsere Meinung bezüglich des Willenserfordernisses zu widerlegen, führt Manigk eine Entscheidung des Reichsgerichts[2]) an, der folgender Sachverhalt zugrunde liegt[3]): Die streitenden Parteien behaupten beide, an gewissen Grundstückstreifen Eigenbesitz zu haben. Da die Streitflächen zu dem Hauptgrundstück des Klägers gehörten, im Kataster auf seinen Namen eingetragen und von ihm bebaut und bepflanzt worden waren, so wurde, wie schon vom Vorderrichter, Eigenbesitz angenommen, mit der Begründung: „Vollständiger oder Eigenbesitzer

[1]) Dernburg, Sachenrecht, S. 44.
[2]) Entscheidungen des R. G. in Zivilsachen, Bd. 54, S. 133—135.
[3]) Vgl. Manigk, Vorauss., S. 323.

ist, wer eine Sache als sein eigen, als ihm gehörig besitzt, wer sie also mit dem Willen, ihr Eigentümer zu sein, besitzt. Ob dieser Wille vorhanden, ist in jedem Falle nach den tatsächlichen Umständen zu beurteilen". Den letzten Satz dieser Reichsgerichtsentscheidung empfiehlt Manigk den Gegnern seiner Meinung zu ganz besonderer Beachtung. Gerade diese „äußeren Umstände" dürften aber nicht immer einen Rückschluß darauf gestatten, ob der Betreffende den Willen gehabt hat, als ihm gehörend zu besitzen. Das Reichsgericht legt in der Tat einen besonderen Wert auf die Beurteilung der in Frage kommenden Umstände, wenn andererseits auch nicht in Abrede gestellt werden soll, daß es sich in dem zuerst zitierten Satze seiner Entscheidung gegen unsere Meinung erklärt. Deshalb halten wir es auch für zu weit gegangen, wenn Friebe in einer Kritik dieser Entscheidung sagt[1]): „Wenn also in jedem einzelnen Fall die Frage des Eigenbesitzes nach den tatsächlichen Umständen zu beurteilen ist, warum kann man nicht zusammenfassend sagen, daß in allen Fällen die tatsächlichen Umstände entscheiden?" Das Reichsgericht hat sich zu der herrschenden Meinung bekannt, ist allerdings nachher nicht konsequent, wenn es die äußerlichen Umstände berücksichtigt wissen will; man würde nämlich hierdurch tatsächlich zeitweise zu Resultaten kommen, die von der Wirklichkeit sehr weit entfernt sind, ohne daß man dabei eine Mentalreservation des Besitzers annehmen müßte. Eine Inkonsequenz nimmt auch Auerbach

[1]) a. a. O., S. 84.

an, wenn er sagt[1]), eine jede Person habe im gewöhnlichen Leben eine größere Anzahl von Sachen im Eigenbesitz, von deren Existenz sie gar nichts wisse, die sie also auch nicht besitzen wolle. In einem solchen Falle könnte man, wenn man an dem Erfordernis des animus domini festhalte, konsequenter Weise einen Eigenbesitz nicht annehmen. Erkläre man aber, wie es das Reichsgericht tue, die äußeren Umstände für maßgebend, um aus diesen auf einen Willen zu schließen, dann sei für die entscheidende Frage, ob Eigenbesitz oder Fremdbesitz vorliege, nicht der Wille, sondern die tatsächlichen Umstände das Maßgebende, da, wie erwähnt, in vielen Fällen ein Wille gar nicht vorhanden sei, wo das Reichsgericht wegen der tatsächlichen Umstände Eigenbesitz annehme.

[1]) a. a O., S. 36.